

La trascrizione del matrimonio omosessuale e la potestà amministrativa di autotutela dinanzi all'atto di certezza.

Commento alla sentenza Tar Lazio, Sezione I-Ter, n. 3912/2015

di **Flavio Valerio Virzì** – Dottorando di ricerca in “Diritto pubblico, comparato, internazionale” presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”.

1.

A due anni dalla sent. 15 marzo 2012, n. 4184 con cui la Corte di Cassazione escludeva la trascrivibilità dei matrimoni omosessuali celebrati all'estero¹ – confermando il rifiuto dell'Ufficiale di stato civile di un comune italiano alla trascrizione di un'unione contratta a L'Aja² – un altro caso, molto simile, interessa una decisione del Tribunale Amministrativo. Tramite un *iter* argomentativo che, per certi versi, rappresenta lo sviluppo logico del ragionamento del giudice di legittimità, il TAR del Lazio con sentenza n. 3912 del 2015 si pronuncia sull'annullamento d'ufficio, ad opera del Prefetto, della trascrizione di un atto di matrimonio ottenuto all'estero da due cittadini italiani dello stesso sesso.

Il caso da cui origina il giudizio è il seguente: il Sindaco del Comune di Roma provvedeva alla trascrizione nel registro dello stato civile di un matrimonio omosessuale; su indirizzo del Ministero dell'Interno, il Prefetto della Provincia di Roma con decreto disponeva l'annullamento della trascrizione ed ordinava all'Ufficiale di stato civile del comune romano di provvedere a tutti i necessari adempimenti materiali, compresa l'annotazione del provvedimento prefettizio nel registro di stato civile. Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione resistente, i ricorrenti le impugnavano dinanzi al TAR Lazio chiedendone la declaratoria di nullità,

¹ Il matrimonio omosessuale celebrato all'estero è stato ritenuto non trascrivibile, tra gli altri, dal Tribunale di Milano, decreto del 17 luglio 2014, e dal Tribunale di Pesaro, decreto del 21 ottobre 2014; in senso contrario si è pronunciato il Tribunale di Grosseto la cui ordinanza del 3 aprile 2014 è stata annullata in sede di reclamo dalla Corte d'Appello di Firenze con decreto del 19 settembre 2014.

² Per un commento sulla sent. Corte di Cassazione, I sez. civ., 15/3/2012, n. 4184, *ex multis*: F. ANGELINI, *La Corte di Cassazione su unioni e matrimoni omosessuali: nell'inerzia del legislatore la realtà giuridica si apre alla realtà sociale*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2012, n. 2; L. LORELLO, *La cassazione si confronta con la questione del matrimonio omosessuale*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2; I. MASSA PINTO, *Fiat matrimonio! L'unione omosessuale all'incrocio del dialogo tra Corte Costituzionale, Corte EDU e Corte di Cassazione: può una sentenza della Corte di Cassazione attribuire a (un inciso di) una sentenza della Corte Europea il potere di scardinare una “consolidata ed ultramillenaria tradizione” (superando anche il giudicato costituzionale)?*, in *Rivista AIC*, 2012, n. 2.

o in subordine, l'annullamento; il giudice amministrativo accoglieva le doglianze dei ricorrenti ed annullava il provvedimento del Prefetto.

Il giudice nel vagliare la legittimità dell'atto amministrativo di secondo grado, s'interrogava innanzitutto sulla regolarità dell'atto di primo grado e – a seguito di un'attenta analisi della legislazione vigente, e segnatamente degli artt. 107, 108, 115, 143 e 143 *bis* c.c., 27 della l. n. 218 del 1995 e 10 del d.P.R. n. 396 del 2000 recante il "Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile" – concludeva – coerentemente con la pregressa giurisprudenza della Corte di Cassazione (*ex multis* sent. n. 4184 del 2012), della Corte Costituzionale (*ex multis* sent. n. 138 del 2010 e sent. n. 170 del 2014) e della Corte EDU (caso Schalk e Kopf c. Austria del 2010) – nel senso che «allo stato dell'attuale normativa e fatto salvo un intervento legislativo al riguardo, che ponga la legislazione del nostro Paese in linea con quella degli altri Stati, europei e non, le coppie omosessuali non vantano in Italia né un diritto a contrarre matrimonio, né la pretesa alla trascrizione di unioni celebrate all'estero, anche se le unioni dello stesso sesso non possono essere considerate contrarie all'ordine pubblico» sicché, la circolare del Ministro dell'Interno «non risulta illegittima nella parte in cui si afferma l'intrascrivibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso derivante "dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano", in considerazione del difetto di un requisito sostanziale richiesto dalla normativa vigente in materia di stato e capacità delle persone (la diversità di sesso dei nubendi) che non può essere superato dalla mera circostanza dell'esistenza di una celebrazione valida secondo la *lex loci* ma priva dei requisiti sostanziali prescritti dalla legge italiana relativamente allo stato e alla capacità delle persone»³.

Rilevata l'invalidità dell'atto dell'Ufficiale di stato civile, il giudice verificava la legittimità del provvedimento mediante cui il Prefetto – attuando la circolare ministeriale – annullava d'ufficio l'avvenuta trascrizione; ne scaturiva una riflessione sulla potestà amministrativa di autotutela. Il TAR in particolare, pur convenendo con l'amministrazione resistente su ciò che «l'attività di tenuta dei registri dello stato civile rientra nell'ambito delle competenze statali, svolte in via delegata [...] dal sindaco quale ufficiale del Governo o da chi lo sostituisce a norma di legge [...]» ed implicitamente ammettendo la sussistenza di un potere di sovraordinazione dell'amministrazione dello Stato rispetto all'attività svolta dal sindaco⁴, riteneva illegittimo l'atto di secondo grado per la ragione che «dall'insieme delle [disposizioni del d.P.R. n. 396 del 2000] si evince che il sistema dello stato civile prevede puntuali possibilità di intervento sui registri dello stato civile, tra cui non è compresa quella posta in essere dal Prefetto di Roma» e che «dalle norme richiamate si evince che un intervento quale quello posto in essere nel caso di specie dall'Amministrazione centrale, compete solo all'Autorità giudiziaria»⁵.

Conseguentemente il giudice annullava il provvedimento che, a sua volta, aveva annullato l'atto di trascrizione, concludendo in tal senso: «la normativa: da un lato, esclude qualsivoglia intervento sostitutivo del Prefetto, (se non quello espressamente previsto per il caso di inerzia del sindaco); dall'altro, attribuisce ad un organo terzo, in via esclusiva, il potere di incidere sui registri dello stato civile, così come risultano gestiti dal sindaco»⁶. In altre parole, secondo il TAR all'annullamento di un atto dello stato civile può provvedere solamente l'autorità giudiziaria e non anche l'autorità amministrativa posto che, «le registrazioni dello stato civile non possono subire

³ TAR Lazio, Sezione I-ter, n. 03912/2015, punto 1, p. 7 ss.

⁴ *Ivi*, punto 3, p. 8.

⁵ *Ivi*, punto 4.1, p. 10.

⁶ *Ivi*, punto 4.1, p. 11.

variazioni se non nei limitati casi descritti e normativamente previsti in modo espresso; l'ufficiale di stato civile ha solo il potere di aggiornare i registri e di correggere gli errori materiali; ogni rettificazione o cancellazione è attribuita alla competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria; fra le annotazioni possibili nei registri di matrimoni non è previsto alcun atto di annullamento o di autotutela, ma solo l'annotazione della rettificazione giudiziaria»⁷.

2.

Il ragionamento del giudice amministrativo, come si evince dalla sintesi della sentenza sopra esposta, può essere compendiato in due punti. Andando per ordine: 1) il TAR esclude che le coppie omosessuali, nell'ordinamento italiano, vantino un diritto a contrarre matrimonio ovvero una pretesa alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero: ne deriva l'invalidità dell'atto di primo grado posto in essere dal Sindaco, ufficiale di stato civile; 2) il TAR nega la legittimità dell'atto di secondo grado posto in essere dal Prefetto e, conseguentemente, la potestà generale di agire in autotutela, manifestantesi nell'annullamento d'ufficio dell'atto dello stato civile. I due punti consentono una riflessione, rispettivamente, sulla potestà dell'amministrazione di dare efficacia giuridica a fatti non corrispondenti alla loro storicità e sulla potestà dell'amministrazione di eliminare tali fatti e gli effetti conseguiti al loro riconoscimento giuridico.

L'uno interrogherà la natura degli atti amministrativi di certezza e la loro idoneità a costituire situazioni giuridiche soggettive; l'altro indagherà la natura degli atti amministrativi di autotutela e la loro idoneità ad eliminare le certezze e le situazioni giuridiche soggettive che in ragione di esse sono state costituite.

Il commento muoverà dal secondo punto.

3.

È necessario innanzitutto rilevare come il TAR del Lazio nell'annullare l'atto emanato dall'amministrazione prefettizia, non si limiti a rammentare la presenza di disposizioni puntuali escludenti nel (solo) caso di specie la potestà di autotutela in materia di stato civile; il giudice amministrativo, diversamente, argomenta su un piano più generale e preso atto del fatto che «l'esistenza di tale potere e la possibilità di adottare i relativi provvedimenti conseguenti dovrebbe trovare espressione e previsione nella disciplina dello stato civile ed, invece, non si fa menzione di tutto ciò né [nel] d.P.R. 396/2000, che disciplina le annotazioni, né nel d.m. 5 aprile 2002, che [...] contiene le formule tassative delle annotazioni», perviene alla conclusione per cui «in base al principio della riserva di legge dettato in materia (cfr. art. 97, c. 3, Cost.), affinché un organo amministrativo possa annullare d'ufficio un provvedimento adottato da un altro organo, occorre un'espressa previsione di legge. Nel caso di specie, come detto, manca una norma di rango primario che, espressamente, conferisca all'Amministrazione centrale il potere di adottare, in casi del genere, un atto di annullamento d'ufficio»⁸. In altre parole, ritiene il Tribunale che: l'autotutela non si configura come potestà generale essendo invece potestà che volta per volta deve essere attribuita all'amministrazione a livello legislativo, coerentemente con la riserva di cui all'art. 97 della Costituzione.

Né, rispetto a tale conclusione, potrebbe opporsi che l'indagine del giudice sia da circoscriversi al solo annullamento c.d. gerarchico – qual è quello posto in essere dal Prefetto nei

⁷ *Ivi*, punto 4.1, p. 12.

⁸ *Ivi*, punto 4.1, p. 12 ss.

confronti dell'atto del Sindaco – e non anche al c.d. autoannullamento. Lo stesso TAR nel momento in cui osserva che «se fosse configurabile un potere di sovraordinazione del Prefetto rispetto al Sindaco [...], esercitabile attraverso un potere di annullamento da parte dell'autorità amministrativa centrale [...] tale potere non sarebbe configurabile solo in capo al Ministero dell'Interno ma anche in capo all'Ufficiale di Stato civile»⁹, dimostra di essere consapevole che i termini della discussione sarebbero i medesimi¹⁰.

Tuttavia che l'autotutela sia manifestazione di un potere amministrativo generale è insegnamento risalente su cui conviene la giurisprudenza alla stessa stregua della scienza giuridica; è sufficiente a riguardo rammentare le teorie di Feliciano Benvenuti (in cui essa è manifestazione della tendenza alla “pienezza della competenza”) e di Massimo Severo Giannini (in cui essa è estrinsecazione della “potestà del dar ordine alla propria attività”) e riportare ciò che, in un'opera più recente, osserva Bernardo Giorgio Mattarella, vale a dire che l'autotutela «è sempre stata uno strumento di affermazione della legge e, più in generale della legalità» motivo per cui l'impatto del principio di legalità stesso (e del principio costituzionale di riserva di legge) rispetto ad essa storicamente non è stato particolarmente forte: «il ritiro del provvedimento amministrativo, anche nella seconda metà del ventesimo secolo, ha continuato a essere ammesso generosamente dalla giurisprudenza e, ora, dalla legge: sia quello basato su ragioni di legittimità, sia quello basato su ragioni di merito»¹¹.

Tenuto per fermo che l'annullamento d'ufficio è potestà generale dell'amministrazione – come peraltro è stato confermato dall'introduzione dell'art. 21-*nonies* nella disciplina del procedimento amministrativo – deve ammettersi, più propriamente, che tale potestà può essere, per così dire, derogata in presenza di riserve di giurisdizione.

Proprio una riserva di giurisdizione, almeno a primissima vista, sembrerebbe desumersi dall'art. 95 del d.P.R. n. 396 del 2000 che, in linea con ciò che è stato sottolineato nella decisione in commento, assegna ad un organo terzo ed imparziale il potere di incidere (in via esclusiva) sullo stato civile; «la particolarità dell'intervento dell'autorità giudiziaria» ritiene il TAR «trova fondamento nel diverso rilievo che l'ordinamento attribuisce alla materia dello stato civile rispetto

⁹ *Ivi*, punto 4.1, p. 12 ss.

¹⁰ cfr. F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss. e M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo II*, Milano, 1988, p. 981 ss.; cfr. altresì G. CORAGGIO, *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, p. 4, secondo cui: l'annullamento gerarchico «quanto alla natura, non si discosta sostanzialmente dall'autoannullamento e in primo luogo, come quest'ultimo, si muove nell'area dell'amministrazione attiva. Ma si può andare oltre sulla via dell'assimilazione. Se è vero infatti che la gerarchia propria realizza un'ipotesi di contitolarità del potere ne deriva che siamo sempre in presenza di una ulteriore manifestazione del potere primario: insomma se vi sono delle particolarità esse attengono alla organizzazione ma non alle modalità dell'azione amministrativa, ed è nell'ambito dell'organizzazione che vanno dunque ricercati eventuali caratteri specifici e limiti dell'istituto (si pensi, ad es., al problema della competenza esclusiva e della definitività implicita)».

¹¹ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 1237 ss., che allo stesso proposito sottolinea come «Da quando si studia il diritto amministrativo, i poteri che vengono normalmente ricondotti all'autotutela amministrativa sono sempre stati pacificamente riconosciuti all'amministrazione. Nel 1905, Umberto Borsi, citando Gneist, riconosceva che il potere delle autorità amministrative di procedere all'esecuzione forzata “viene ammesso come cosa di per sé intellegibile, senza alcun accenno al suo fondamento razionale. La base storica sembra supplire alla base teorica”. Similmente, pochi anni dopo, Federico Cammeo giustificava il potere dell'amministrazione di “revocare” i propri atti illegittimi facendo riferimento all'importanza degli interessi da essa tutelati, alla sovranità dello Stato, all'assenza di leggi che disponessero diversamente e a una “consuetudine costante”».

alla gestione della pubblica sicurezza, che si caratterizza più per l'aspetto tecnico-operativo, che ben giustifica l'esistenza di un rapporto di dipendenza gerarchico-funzionale fra Prefetto e Sindaco»¹². La spiegazione del Tribunale del Lazio tuttavia, almeno per certi versi, non par essere veramente risolutiva.

La peculiarità dell'intervento giudiziario, più puntualmente, dev'essere spiegata in ragione della tipologia di giurisdizione che viene in rilievo. Gli artt. 95 ss. del d.P.R. n. 396 del 2000 – che rimandano esplicitamente alla disciplina contenuta negli artt. 737 ss. c.p.c. – infatti configurano, per la rettificazione degli atti di stato civile, un procedimento di c.d. giurisdizione volontaria; detta giurisdizione, che Guido Zanobini descriveva come di «amministrazione pubblica di diritto privato esercitata da organi giudiziari»¹³, è connotata da un duplice diverso volto: per un verso, essa è attività svolta dagli organi giurisdizionali in una posizione di sostanziale imparzialità; per altro verso, essa si svolge nelle forme procedurali che presentano l'elemento tipico del concludersi con provvedimenti caratterizzati dalla revocabilità e modificabilità con la conseguente inidoneità alla cosa giudicata (cfr. l'art. 742 c.p.c.)¹⁴.

Ebbene il doppio volto della giurisdizione volontaria entra in relazione con la natura dell'atto di trascrizione in un pubblico registro, che nel caso in commento concerne un contratto matrimoniale; esso, precisamente, è atto di accertamento enunciato a conclusione di un procedimento c.d. dichiarativo la cui peculiare funzione è di far circolare forme di certezza, nel caso di specie si tratta di «certezze legali».

In passato il cardine attorno cui ruotavano i predetti procedimenti era la nozione di «verità»: essi, per così dire, somministravano delle proposizioni vere per eccellenza sicché, coerentemente, «si stabilì che [...] il giudice, nel processo, avesse il potere di verificare siffatte verità; ma ciò, si opinava, in quanto il processo si dovesse concepire come strumento destinato per sua stessa natura a ricercare e a dichiarare verità». Successivamente invece la scienza giuridica prese atto della inadeguatezza di tale nozione alla quale fu preferita quella di «certezza»: «questa profonda revisione nozionale, nel mentre da un lato servì a non disumanizzare lo strumento giuridico e la scienza del diritto, dall'altro rese anche più sopportabili quegli episodi marginali, frutto di disfunzionamento degli strumenti giuridici, nei quali effettivamente questi mettono in circolazione delle certezze apparenti o delle certezze meramente legali; nel contempo ha reso anche meglio spiegabili gli strumenti che l'ordinamento ha introdotto per verificare le certezze costituite e correggere gli errori degli autori degli atti di certezza»¹⁵.

Da un lato la necessità di assicurare la stabilità dei rapporti sociali con certezze legali; dall'altro la consapevolezza che le certezze legali possono non corrispondere alla verità (alla loro storicità); le particolarità dell'intervento dell'autorità giudiziaria, per così dire, aderiscono alle

¹² Ivi, punto 4.1, p. 11.

¹³ G. ZANOBINI, *Sull'amministrazione pubblica di diritto privato*, Milano, 1918.

¹⁴ cfr. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino, 2008, vol. I, p. 29 ss. «Si tratta, in conclusione, di un'attività strutturalmente e funzionalmente amministrativa, che, in quanto svolta da organi giurisdizionali e destinata ad incidere su situazioni sostanziali più sfumate rispetto ai diritti, partecipa in maniera alquanto attenuata di quelle che possono considerarsi le fondamentali e basilari garanzie che stanno alla base di ciascuno dei diversi tipi di attività giurisdizionale [...]».

¹⁵ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 907 ss.

peculiarità dell'intervento dell'autorità amministrativa. Rimane da chiarire il rapporto intercorrente tra l'una e l'altra.

La riserva di giurisdizione prevista dal d.P.R. n. 396 del 2000, a ben vedere, appare come una riserva, per così dire, *sui generis*. Normalmente le riserve di giurisdizione impegnano l'amministrazione già in primo grado, ai sensi dell'art. 95 invece essa interviene rispetto al solo procedimento di secondo grado, riguardando la potestà di rimuovere l'atto (eventualmente) illegittimo che peraltro è estrinsecazione della medesima potestà di emanare l'atto di primo grado, come del resto è stato segnalato in seno alla scienza giuridica e presso la giurisprudenza¹⁶. Si impone una riflessione: a giustificare la negazione della potestà di autotutela, nei casi come quello in commento, è veramente la riserva di giurisdizione o c'è una spiegazione più profonda che origina già a livello dogmatico?

In questa sede, saranno sufficienti due considerazioni. *In primis*, se normalmente a dispetto dell'attività amministrativa l'attività giudiziaria si esaurisce con la decisione, in presenza di un atto di certezza ad esaurirsi è invece l'attività dell'autorità amministrativa – che non può intervenire in autotutela – mentre quella giudiziaria diviene inesauribile e proprio per l'inedoneità al giudicato dei decreti, suscettibili di essere revocati; se ne desume che in presenza di procedimenti dichiarativi, viene meno quella che Feliciano Benvenuti definiva la «tendenza della pienezza della competenza [...] ossia, per quanto riguarda l'autotutela, del potere di esercitare la propria competenza fino alla sua più esatta e completa realizzazione»¹⁷; in effetti tale conclusione è confortata dalla teoria dello stesso A. secondo cui l'amministrazione interviene in autotutela per risolvere conflitti potenziali o attuali con l'amministrato: viene nuovamente in rilievo la natura della giurisdizione non a caso inerente «procedimenti che di solito hanno ad oggetto materie [...] diverse da diritti o che, pur incidenti su diritti, non risolvono posizioni di contrasto né assolvono ad esigenze di tutela»¹⁸. Una seconda considerazione insiste invece sulla teoria di Massimo Severo Giannini che correla i procedimenti di secondo grado all'instaurazione di rapporti amministrativi, rapporti che non si configurano nel caso in cui l'atto scaturente dal procedimento di primo grado è «estrinsecazione di una situazione soggettiva dell'autorità che, adottato il provvedimento, si esaurisce»; nell'esemplificare l'A. rimanda esplicitamente ai c.d. atti di certazione e lo stesso non può non ripetersi per un atto di accertamento, come la trascrizione¹⁹.

L'incompatibilità teorica tra autotutela e procedimento dichiarativo, verosimilmente, trova giustificazione nella funzione dell'atto di certezza e nella sua particolare forza; è necessario

¹⁶ cfr. F. BENVENUTI, *ibidem* e M.S. GIANNINI, *op. cit.*; cfr. altresì G. CORAGGIO, *op. cit.*, p. 4: «Se si prende atto del sistema reale elaborato dalla giurisprudenza, e che a buon diritto si può definire positivo, emerge che gli annullamenti d'ufficio sono atti di amministrazione attiva in quanto volti alla gestione – rinnovata – dell'interesse pubblico di cui è portatrice la figura soggettiva e più specificamente di quello stesso interesse che era stato curato – male – con il primo provvedimento», in altre parole «la scelta di esercitare il potere di annullamento costituisce una manifestazione ulteriore della stessa determinazione provvedimentale [...] assunta in precedenza»; ricostruzione che consente di comprendere i termini di dell'altra questione precedentemente affrontata, quella inerente l'assimilazione dell'annullamento gerarchico all'autoannullamento.

cfr. sent. Cons. St., sez. V, n. 6137 del 2007 ove è messo in evidenza come: in ossequio al principio del c.d. *contrarius actus* «per l'emanazione del provvedimento di ritiro devono essere usate le stesse forme e la medesima procedura seguite nell'adottare l'atto da annullare o da revocare».

¹⁷ F. BENVENUTI, *op. cit.*, p. 539.

¹⁸ C. MANDRIOLI, *op. cit.*, vol. IV, p. 314.

¹⁹ M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 983.

circoscrivere tale funzione per riuscire a vedere se, in presenza di atti di certezza, residuino per l'autotutela spazi di manifestazione.

4.

La funzione degli atti di certezza informa: per un verso, che essi non sono manifestazioni di potere dell'amministrazione²⁰; per altro verso, e conseguentemente, che rispetto a tali atti la situazione soggettiva dell'amministrato non è di interesse legittimo ma propriamente di diritto, come del resto è dimostrato dal carattere vincolato dell'attività stessa²¹. Evidentemente si vuole alludere al diritto di ottenere l'atto di certezza e non al diritto che, almeno secondo alcuno, deriverebbe dall'atto di certezza.

Il primo profilo è affrontato in maniera specifica dal TAR laziale che, riprendendo la massima della menzionata sentenza n. 4184 del 2012 della Corte di Cassazione, condivisibilmente afferma che «l'intrascrivibilità delle unioni sessuali dipende non più dalla loro inesistenza e neppure dalla invalidità, ma dalla loro inidoneità a produrre, quali atti di matrimonio, qualsiasi effetto giuridico nell'ordinamento italiano»²²; il che, in altre parole, ed indipendentemente dalle considerazioni relative all'efficacia dell'atto di matrimonio omosessuale nell'ordinamento nostrano, vale a dire che anche se l'art. 10 del d.P.R. n. 396 del 2000 prevede la trascrizione dei matrimoni contratti all'estero, cionondimeno un'unione tra due persone dello stesso sesso, non integrando quei requisiti e quelle qualità giuridiche previste dalla legge, non è trascrivibile. In questi casi tuttavia, come è stato detto, pur in presenza di una trascrizione *contra legem*, non vi sarà spazio per alcuna manifestazione di autotutela.

Il secondo profilo – concernente l'asserito diritto derivante dall'atto di certezza – è invece solamente accennato dal TAR che, verso la fine, si limita a sottolineare «l'effetto meramente dichiarativo e di certificazione» dell'atto di trascrizione²³; un po' più esplicita sul punto è stata invece la Corte di Cassazione per cui lo stesso «ha natura non costitutiva ma meramente certificativa e funzione di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum*»²⁴. Sulla scorta della teoria di Massimo Severo Giannini a riguardo è da aggiungersi che un atto di certezza non costituisce fatti giuridici, esso soltanto dichiara fatti nella loro giuridicità; sicché anche se tramite tale atto sorgono delle situazioni soggettive giuridicamente rilevanti, esse accedono al fatto e non alla dichiarazione; ne consegue, logicamente, che allorché una situazione soggettiva non accede al fatto giuridico, essa non sorge nemmeno dalla dichiarazione²⁵. Esattamente ciò che accade nel caso dell'unione tra due persone dello stesso sesso:

²⁰ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Provvedimento amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4731 ss.

²¹ Da cui deriva, coerentemente, la giurisdizione del giudice ordinario.

²² *Ivi*, punto 1, p. 7.

²³ *Ivi*, punto 4.2, p. 13.

²⁴ Corte di Cassazione, I sez. civ. sentenza 15/3/2012, n. 4184, punto 2.2.1, p. 7. Dalle argomentazioni del giudice di legittimità si evince inoltre il rapporto intercorrente tra il primo ed il secondo profilo: «la trascrizione dell'atto di matrimonio nel corrispondente registro dello stato civile italiano, non avendo natura costitutiva ma meramente certificativa e di pubblicità di un atto già di per sé valido sulla base del principio *locus regit actum*, formerebbe oggetto di un vero e proprio diritto e costituirebbe, perciò, attività “dovuta” dell'ufficiale di stato civile richiesto», *Ivi*, punto 2.1, p. 5.

²⁵ Cfr. M.S. GIANNINI, *op. cit.*, p. 970 ss., che in sede di esemplificazione sottolinea come: «il complesso di situazioni soggettive attive e passive nelle quali consiste lo *status* di figlio non è prodotto dall'atto di nascita, ma dal fatto giuridico della nascita; la certazione atto di nascita fa sì che quella persona fisica possa, di fronte a tutti, assumere

siccome tale fatto non è costitutivo dello *status* matrimoniale, non può fondatamente ritenersi che tale *status* possa essere costituito dalla mera trascrizione dello stesso fatto.

È però al contempo opportuno rilevare che se l'illegittima trascrizione dell'atto di matrimonio omosessuale, di per sé, non è costitutiva nel nostro ordinamento dello stato giuridico matrimoniale, essa nondimeno può determinare il riconoscimento di talune delle situazioni soggettive normativamente correlate allo stesso; ed infatti, parafrasando le parole del nostro A., se è vero che l'atto di trascrizione non «crea nessuno *status*», è altrettanto vero che esso crea «l'obbligo di assumere come certezza l'enunciato dell'atto» sicché vi saranno «dei soggetti avvantaggiati dall'esistenza di un tal obbligo»²⁶. La circolazione di certezze non corrispondenti alla loro storicità, in altre parole, potrebbe indurre l'amministrazione ad attribuire alla coppia omosessuale diritti normativamente (se pure incostituzionalmente, e cfr. sent. n. 404 del 1988 e 559 del 1989 della Corte Costituzionale) riservati ai coniugi, con l'ulteriore conseguenza per cui tali diritti rimarranno definitivamente acquisiti nel patrimonio giuridico di questa: se nessun terzo possa vantare un interesse al ricorso presso l'autorità giurisdizionale; se nessun terzo, titolare di un interesse, proponga ricorso giurisdizionale; se – e si presti particolare attenzione – l'autorità amministrativa non intervenga, entro un tempo ragionevole, ad annullare la propria determinazione.

In questi casi dunque per l'amministrazione residuerà spazio per l'esercizio della potestà di autotutela che, legislativamente negata nei procedimenti dichiarativi, potrà manifestarsi in procedimenti connessi se pur paralleli.

5.

Riannodando le fila del discorso. La sentenza del TAR del Lazio perviene a conclusioni corrette sia pure tramite un *iter* argomentativo che dice troppo poco, per certi versi, e prova troppo, per altri. Si intende ribadire in merito: a) che, allo stato, nel nostro ordinamento, una coppia di persone dello stesso sesso non vanta alcun diritto a contrarre matrimonio ovvero alla trascrizione del matrimonio contratto all'estero e che la stessa, ove illegittimamente eseguita, non è costitutiva dello *status* matrimoniale, b) che l'autorità amministrativa non può annullare un atto di trascrizione illegittimo non perché non sia titolare di potestà generale di autotutela, bensì poiché tale potestà nella sua generalità può essere legislativamente derogata; con l'ulteriore precisazione per cui, come rilevato rispetto a ciascun punto, i procedimenti dichiarativi non consentono né la costituzione né tantomeno l'eliminazione di situazioni giuridiche soggettive, limitandosi alla mera dichiarazione di fatti nella loro storicità.

È vero però, per un verso, che alla dichiarazione di fatti non corrispondenti alla loro storicità può correlarsi il riconoscimento di situazioni giuridiche altrimenti precluse; per altro verso, che tali situazioni restano pur sempre esposte alla potestà di autoannullamento. È come se, per dirla con Feliciano Benvenuti, la predetta potestà rimanesse sopita sino al momento in cui le certezze poste in

di avere lo *status* che gli è definito dall'atto di nascita, onde con la certazione consegue un bene che attiene alla propria persona; poiché tutti i componenti l'universo giuridico in cui l'avere quel certo *status* di figlio ha rilevanza sono obbligati ad assumere che ciò che è enunciato nella certazione è certo, si avvera un effetto preclusivo, per cui ogni altra diversa assunzione non è giuridicamente valida. Una diversa assunzione però può essere vera nella sua realtà storica [...]; occorrerà esperire degli appositi procedimenti, amministrativi o giurisdizionali, affinché il fatto giuridico venga riconosciuto nella sua storicità, e produca i suoi effetti; con siffatti procedimenti dunque si deve toglier di mezzo la certezza creata dalla certazione, perché finché essa esiste, preclude una diversa qualificazione della realtà».

²⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *ibidem*.

essere non sfocino in “conflitti attuali o potenziali”²⁷: così l’autorità amministrativa non può annullare l’accertamento posto in essere illegittimamente, e però può annullare il provvedimento rivelatosi illegittimo in quanto emanato sulla scorta di quell’accertamento; d’altronde qualcosa di simile riguarda l’autorità giudiziaria che, certo, può contare su poteri di revoca, che però – concluso il procedimento non contenzioso ex artt. 737 ss. – saranno esercitati incidentalmente, a tutela di situazioni giuridiche collegate²⁸.

²⁷ Ovvero, per dirla con Massimo Severo Giannini, sino a che la certezza posta in essere non infici il rapporto amministrativo.

²⁸ Cfr. C. MANDRIOLI, *op. cit.*, vol. IV, p. 323 ss.: «poiché [...] la revocabilità e modificabilità dei decreti in camera di consiglio esclude la loro idoneità al giudicato, si deve ammettere che i decreti in discorso, oltre che revocabili e modificabili dallo stesso giudice che li ha pronunciati, sono anche contestabili nella loro legittimità sia attraverso la c.d. *disapplicazione* (analogamente a quanto accade per gli atti amministrativi), e sia con l’*actio nullitatis* o con un’azione autonoma a cognizione piena, anche ad opera di coloro che furono parti nel relativo procedimento. L’esaurimento delle possibilità d’impugnazione e la perentorietà del relativo termine rimangono dunque [...] fine a se stessi e rilevanti solo con riguardo all’iter procedimentale non contenzioso, la cui pendenza può solo costituire un temporaneo impedimento alla revoca e alla proponibilità dell’*actio nullitatis* ad opera della parte».